



AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1 LOGROÑO

AUTO: 00408/2020

-

C/ MARQUÉS DE MURRIETA, 45-47, 3ª PLANTA
Teléfono: 941 296 568
Correo electrónico: audiencia.provincial@larioja.org
Equipo/usuario: MVE
Modelo: 662000
N.I.G.: 26071 41 2 2019 0000606
RT APELACION AUTOS 0000041 /2020
Juzgado procedenciaJDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.1 de HARO
Procedimiento de origenDILIGENCIAS PREVIAS PROC. ABREVIADO 0000185 /2019
Delito: DELITO SIN ESPECIFICAR
Recurrente:
Procurador/a: D/D
Abogado/a: D/Dª LUIS FERNANDO CASTAÑON GONZALEZ
Recurrido: MINISTERIO FISCAL
Procurador/a: D/Dª
Abogado/a: D/Dª

AUTO Nº408 de 2020

=====

ILMOS.SRES.

PRESIDENTE

DON ALFONSO SANTISTEBAN RUIZ

MAGISTRADOS:

DON RICARDO MORENO GARCÍA

DON JOSÉ CARLOS ORGA LARRÉS

=====

En LOGROÑO, a treinta de julio de dos mil veinte.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: En fecha 15 de octubre de 2019 el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Número 1 de Haro dictó Auto en sus Diligencias Previas nº 185/19 que contiene, por lo que aquí interesa, la siguiente Parte Dispositiva:



Firmado por: JOSE CARLOS ORGA
LARRÉS
03/09/2020 12:43
Minerva

Firmado por: RICARDO MORENO
GARCIA
14/09/2020 09:33
Minerva

Firmado por: RICARDO MORENO
GARCIA
14/09/2020 09:37
Minerva



“ Continúese la tramitación de las presentes Diligencias Previas por los trámites del Procedimiento Abreviado, por si los hechos imputados a [redacted] fueren constitutivos de un presunto delito contra la intimidad, previsto y penado en el art. 197.1. del Código Penal.”

Fija dicha resolución como hechos punibles:

“Que [redacted] es detective privado habilitado, por parte de la entidad [redacted] (Mutua de Accidentes Laborales y Enfermedades Profesionales) se le encargo el seguimiento de [redacted], en relación a un procedimiento de incapacidad permanente total. Que [redacted] verifico el indicado seguimiento durante los días 6 y 7 de junio, éste último día, sobre las ocho de la mañana, procedió a colocar en el vehículo de JUAN JOSE, el cual se encontraba aparcado en la vía pública un dispositivo de seguimiento GPS, con el fin de localizar en todo momento la posición del vehículo de JUAN JOSE. Tras colocar el dispositivo procedió a seguir a aquel de forma personal, en su vehículo [redacted] con matrícula [redacted].”

Sobre las 11 horas, JUAN JOSE, al percatarse de que le iba siguiendo el citado vehículo, procede a elevar su vehículo y localiza en los bajos del mismo el dispositivo GPS.

El dispositivo en cuestión es un GPS, dispositivo de localización, marca CRUMAN modelo CT-04, con una tarjeta SIM de la entidad VODAFONE y asociada al número de teléfono [redacted] cuyo titular es [redacted].”

Finalmente, [redacted] carecía de autorización judicial alguna para proceder a la colocación del citado dispositivo (Art. 588 quinquies b)”





SEGUNDO: Contra dicho Auto interpuso la representación procesal de

recurso de reforma y subsidiario de apelación en el que alega, en primer lugar, falta de motivación suficiente de la resolución recurrida, en cuanto que se afirma en ella que existen indicios de la comisión de un delito contra la intimidad, pero se omite la mención a indicios evidentes y concretos, precisando tan solo unas cuestiones fácticas que son erróneas, trasponiendo lo manifestado en la querrela inicial, pero sin ser realmente probado en la instrucción y sin fundamentación de responsabilidad criminal dejando, en consecuencia, huérfana de fundamentación real la resolución que se recurre.

En segundo lugar, la parte recurrente pone de manifiesto una serie de contradicciones entre las fechas que se señalan en la denuncia y en la declaración judicial del denunciante como aquéllas en que se produjeron los seguimientos, así como indica que se ha silenciado en el atestado que agentes de la Guardia Civil identificaron al recurrente y se personaron en su domicilio; aludiendo el recurso a una serie de relaciones entre el denunciante, el médico de la Mutua que le atendía, su abogado laboralista y la Guardia Civil, cuando lo único cierto es que el recurrente es detective privado y se le encargó por una entidad laboral la investigación de la actividad del denunciante, iniciándose la investigación el día 6 de junio y, al observar el recurrente que el denunciante estaba muy prevenido y atento a su alrededor, decidió colocar al día siguiente un GPS en los bajos del vehículo del denunciante, aparcado en la vía pública, como apoyo de la investigación, con el fin de ir más separado, si bien la investigación se hizo de forma personal, no habiendo sido utilizado el GPS en ningún momento.

En base a ello y tras alegar que el artículo 588 quinquies b) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es aplicable a la Policía Judicial pero no a los detectives privados y considerar que la conducta denunciada no es subsumible en el artículo 197.1. del Código Penal, termina solicitando la estimación del recurso, acordándose el sobreseimiento libre del investigado.





El Ministerio Fiscal impugnó el recurso, solicitando que continúe el procedimiento, resolviéndose las dudas que surjan sobre la culpabilidad o inocencia del acusado en el acto de la vista, argumentando que la defensa realiza un profundo estudio de la situación jurídica actual del artículo 197.1º del Código Penal pero, sin embargo, es preciso indicar que el objeto del procedimiento apenas se ha planteado ante la jurisdicción penal: de esta forma, en la doctrina de las Audiencias Provinciales recientemente solo hay una sentencia, indicada por la defensa, que acuerda absolver a un detective privado en un procedimiento relativamente similar al que nos planteamos. No se puede obviar que la Circular 04/2019 de la Fiscalía General del Estado indica al respecto que el TEDH, en la sentencia de 02-09-2010 caso Uzún contra Alemania, consideró que: *“el uso de estas técnicas de investigación puede suponer una intromisión en la vida privada del investigado que, en determinados casos, llegue a vulnerar el artículo 8 CEDH”*. De esta forma: *“La recopilación sistemática de datos de posicionamiento afecta también al derecho a la protección de datos personales del investigado (art. 18.4 CE), con una incidencia directa, además, en el derecho a la intimidad. De este modo, el conocimiento de un solo dato de geolocalización (como, por ejemplo, la visita a un templo), puede afectar a la intimidad del investigado; pero la recopilación sistemática de estos datos y su tratamiento informático puede proporcionar información precisa sobre los hábitos de una persona, lo que supone una intromisión mucho más intensa en la intimidad del investigado”*

Por ello, continúa el Ministerio Público, dicha Circular ha establecido la necesidad de obtener autorización judicial para la colocación y el uso de dispositivos técnicos de seguimiento y localización. Por lo expuesto, en atención a que las fuerzas y cuerpos de seguridad del estado precisan de autorización judicial para utilizar estos dispositivos en la investigación de hechos delictivos; deberá resolverse en el acto de la vista si la utilización de un investigador privado de dichos dispositivos es constitutiva de ilícito penal subsumible en el tipo delictivo del artículo 197.1º del Código Penal.



El recurso de reforma fue desestimado por Auto de fecha 28 de noviembre de 2019, en el que tras recordar la construcción jurisprudencial sobre la naturaleza y alcance del auto de incoación de procedimiento abreviado y el contenido del artículo 197.1. del Código penal y del artículo 588 quinquies b) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, concluye que la determinación de si con el empleo del geolocalizador se vulneró, o no, el derecho de intimidad del perjudicado es una cuestión que ha de ser determinada en el plenario, mediante la práctica de la prueba oportuna y procedente y su valoración por parte del Órgano enjuiciador, con pleno respeto a todas las garantías procesales de la fase enjuiciadora.

Habiéndose interpuesto subsidiariamente recurso de apelación, la representación de _____ la misma dio por reproducidos los argumentos del recurso de reforma, apreciando incongruencia omisiva del Auto que resuelve el recurso de reforma interpuesto al no haber resuelto todas las cuestiones planteadas y, tras incidir en que la conducta atribuída al recurrente no es subsumible en el artículo 197.1. del Código Penal, ni le es de aplicación el artículo 588 quinquies b) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, termina solicitando la estimación del recurso, acordándose el sobreseimiento libre del investigado

TERCERO: Recibidos los autos en esta Audiencia Provincial se acordó formar el correspondiente rollo de apelación para la sustanciación de este tipo de recurso, y tras notificar el turno de registro y ponencia a las partes se acordó señalar para la deliberación, votación y fallo el día 10 de julio de 2020, siendo designado ponente el Ilmo. Sr. D. José Carlos Orga Larrés, Magistrado en comisión de servicios de refuerzo de esta Audiencia Provincial.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: El Auto de conclusión de Diligencias Previas impugnado que, regulado en el artículo 779.1. punto 4º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se



inserta al inicio de la fase intermedia del procedimiento y cumple la función de que, una vez dadas por finalizadas las diligencias de investigación que se estimaron oportunas y las partes solicitaron en aras de sus respectivos derechos, si de lo actuado no se desprende claramente que los hechos no son constitutivos de delito y por ende no procede aplicar el artículo 637.2. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, inicia la siguiente fase procedimental en el que las partes públicas o particulares que ejercen la acusación solicitan lo que estimen conveniente, previa calificación de los referidos hechos, siendo incluso factible que nadie sostenga la acción penal.

Tal y como recordábamos en nuestro Auto 127/14, con cita del Auto nº 769/12 de 6 de noviembre de la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Madrid: “ La actuación instructora se orienta básicamente a la averiguación de todo aquello que pueda conformar una base indiciaria bastante para posibilitar la acusación. De ahí que, existiendo indicios suficientes de la comisión de un hecho que reviste caracteres de delito o falta y de la participación en él de determinada persona, debe continuar el procedimiento. Por el contrario, sólo cuando de manera patente, clara, inobjetable o incontrovertible estemos en presencia de un hecho irrefutablemente producido y conformado por una conducta activa u omisiva totalmente esclarecida en sus aspectos objetivo y subjetivo que, en absoluto encaje jurídicamente en una figura penal determinada, o se halle exenta de responsabilidad penal, procederá la declaración de sobreseimiento que corresponda y el consecuente archivo de las actuaciones. Ello ocurrirá precisamente porque el análisis del hecho aparecerá perfectamente acabado en todos sus aspectos y, en cambio, no soportará la aplicación estrictamente jurídica de tipo penal alguno o porque la responsabilidad criminal está indiscutiblemente excluída por alguna circunstancia. En otro caso, la más mínima duda acerca del hecho y del derecho o de alguno de estos dos elementos impedirá ,en esta fase del procedimiento dar lugar a la finalización y archivo sin más trámite.”



Por otra parte, cabe recordar que el ATS de 31-7-2013 (rec. 20663/12) en su Fundamento de Derecho Octavo indica:

<<La posibilidad del Instructor de decretar el sobreseimiento asume el papel del juicio de acusación en este modelo procesal: para entrar en el acto del juicio oral no basta con una parte legitimada dispuesta a sostener la acusación (art. 782.2). Es necesario, además, que un órgano con funciones jurisdiccionales considere "razonable" esa acusación, lo que en el procedimiento abreviado se lleva a cabo, eventualmente, en un doble momento: al elegir por alguna de las opciones legales en el trámite del art. 779; o, en su caso, una vez que las acusaciones han exteriorizado su pretensión, al decretar la apertura del juicio oral (art. 783.1). El canon de "suficiencia" de los indicios no es diverso en cada uno de esos momentos. Por eso algunos han criticado esa duplicidad. No tendría sentido mantener en manos del Instructor las llaves para cerrar el trámite procesal por razones que ya descartó al adoptar la resolución prevista en el art. 779.1.4ª. No obstante, ese filtro duplicado no solo se explica por vicisitudes legislativas: tiene su razón de ser. La acusación puede hacer pivotar su pretensión en extremos diferentes de los valorados por el Instructor, o puede aportar datos que permitan aquilatar la decisión anterior. En consecuencia pueden surgir razones antes no evaluadas para denegar la apertura del juicio oral, pese a las gotas de contradicción que eso puede comportar con la decisión, que ha de ser motivada, casi inmediatamente anterior, de continuar el trámite de preparación del juicio oral (arts. 780 y ss LECrim).

Interesa este excurso para destacar que si se considera procedente cualquier género de sobreseimiento este es momento apto y procedente para acordarlo sin que sea ni necesario, ni siquiera procesalmente lo más correcto, aguardar a que las acusaciones hayan fijado posición exteriorizando una pretensión formal acusatoria. La reforma de 2002 en sintonía con lo que ya había ensayado la jurisprudencia constitucional (STC 186/1990, de 15 de noviembre) ha resaltado esa función de la resolución del art. 775.1.4 y, por contraste, de su reverso -el sobreseimiento-. Solo procede aquella si "está justificada de forma suficiente" la comisión del delito. Y es que la fase preliminar de investigación en el proceso penal sirve no solo para preparar el juicio oral sino también para evitar la apertura de juicios innecesarios. La decisión del art. 779.1.4 es mucho más que un acto de trámite.



¿Qué significa "justificación suficiente" de la perpetración del delito? Esta decisión despliega en el procedimiento abreviado una función paralela a la del procesamiento en el procedimiento ordinario. Por tanto la cota indiciaria exigible es equiparable a los "indicios racionales de criminalidad" mencionados en el art. 384 LECrim . Son algo más que la mera posibilidad o sospecha más o menos fundada. Es necesaria la probabilidad. Solo ese nivel justifica la apertura del plenario que, indudablemente, encierra también cierto contenido aflictivo para el acusado, aunque sea difuso. La probabilidad de comisión del delito, se traduce en negativo, expuesto de forma poco matizada, en la racional posibilidad de que recaiga una condena. No pueden extremarse las exigencias en esta fase anticipando valoraciones que solo procederían tras examinar la prueba practicada en el juicio oral. Pero sí ha de cancelarse el proceso cuando racionalmente quepa hacer un pronóstico fundado de inviabilidad de la condena por insuficiencia del material probatorio con que se cuenta. Si tal bagaje se revela desde este momento como insuficiente para derrotar a la presunción de inocencia y, con igual juicio hipotético, no pueden imaginarse ni variaciones significativas ni introducción de nuevos materiales, procederá abortar ya el procedimiento en aras de esa finalidad complementaria de la preparatoria del juicio oral: evitar la celebración de juicios innecesarios que, entre otras cosas, supondrían la afectación del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, también el de las partes acusadoras que verían inútilmente postergada en el tiempo la decisión final ya pronosticable, y dilapidadas energías no solo procesales sino también económicas y personales cuando se trata de parte no institucional. El procesamiento exige que la hipótesis de la comisión del delito y la participación en él del inculpado sea al menos tan posible o fuerte como la contraria. Estamos en un escalón superior al necesario para tomar declaración como imputado y por supuesto, muy por encima de la verosimilitud que justifica la incoación de unas diligencias penales. >>.



Por lo que concierne a las facultades del juez instructor en trance de acordar el sobreseimiento, el Auto del Tribunal Supremo de 17-12-2013 rechaza que el juez instructor carezca de control sobre el resultado de la instrucción cuando, después de



hacerse eco del criterio de que el sobreseimiento solo procede cuando sea prácticamente total la acrecencia de indicios, señala:

<<...debe matizarse esta premisa en aras de evitar la llamada pena de banquillo, cuando la base probatoria de contenido incriminatoria resulte objetivamente endeble, pues de lo contrario bastaría la mera afirmación inculpatoria del denunciante, para que el imputado se vea abocado a un juicio oral que podría quedar instrumentalizado sobre la base de falsas y/o temerarias imputaciones...Es por ello, que debe possibilitarse que el Instructor pueda hacer valoraciones respecto de este tipo de diligencia, máxime cuando, pese a su papel rector de la investigación, sigue actuando con imparcialidad y objetividad, con sometimiento al imperio de la Ley, dado que su función ni es acusar, ni es possibilitar el juicio de acusación, sino descubrir la verdad a lo acontecido,...".matiza: "La finalidad de la investigación en el proceso penal debe estar dirigida a la averiguación indiciaria que pueda constituir base suficiente para possibilitar la acusación, de ahí que existiendo indicios suficiente de la comisión de un hecho que reviste caracteres de delito y de la participación en él de determinada persona, deben transformarse las diligencias previas en procedimiento abreviado o sumario, a fin de facilitar, en su caso, a las partes acusadoras deducir pretensión penal, a través de sus escritos de acusación...>>.

SEGUNDO: Los hechos relevantes al objeto del recurso interpuesto y respecto de los que cabe, ya desde ahora, destacar que no son discutidos y que, por consiguiente la base fáctica sobre la cual ha de recaer la presente resolución está acabada, sin necesidad de ser depurada con la práctica de la prueba en el eventual juicio que pudiera celebrarse, son que en el momento de los hechos,

_____ trabajaba como detective privado habilitado y, en virtud de un encargo que recibió consistente en el seguimiento de _____ realizó la siguiente actuación:



El día 07 de junio de 2019 sobre las 08:00 horas aproximadamente, [redacted], instaló en el vehículo de Juan José [redacted] cuando estaba aparcado en la vía pública (en la parte lateral izquierda del vehículo, entre la matrícula y el tubo de escape), un dispositivo de seguimiento GPS de la marca CRUMAN, modelo CT-04, en cuyo interior se hallaba una tarjeta SIM de la compañía VODAFONE, con número [redacted] (N024). A través de dicho localizador, el investigado pudo comprobar en tiempo real la posición de [redacted] el cual descubrió el aparato tres horas después de que lo instalara el investigado

TERCERO: La primera alegación del recurso es la falta de motivación de la resolución recurrida.

Esta Sala ha venido señalando en cuanto a la necesidad de motivación y de un modo genérico, ejemplo, Auto de esta Audiencia Provincial de 6-11-2009 en Recurso nº 375 /2009, que "*... Como esta misma Audiencia expone, ad ex, en autos nº 15/2004, de 21 de enero y nº 155/2009 , de 3 de junio: "Con carácter general, y conforme, expresa el ATS de 26 de junio de 2003 , hemos de decir que la obligación de motivar las resoluciones judiciales, que tiene un doble fundamento -dar a conocer públicamente las razones de las decisiones judiciales y permitir su control por los órganos competentes en cada caso- se cumple, aunque la misma sea escueta, siempre que permita constatar que la decisión judicial responde a una concreta interpretación y aplicación del Derecho ajena a toda arbitrariedad. La exigencia de motivación no demanda del Juez o Tribunal una exhaustiva descripción del proceso intelectual que le lleva a resolver en un determinado sentido, basta con que cumpla la doble finalidad anteriormente señalada (STS de julio de 2002)..."*" .

Específicamente y en relación a la necesidad de motivación del auto de incoación de procedimiento abreviado, ya señalamos en nuestro Auto de fecha 5 de julio de 2018, en Recurso nº 551/2017, que "el artículo 757 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal... exige que tal Auto debe contener la determinación de los



hechos punibles (un relato fáctico, que entendemos que debería contener la propia resolución, no siendo deseable, en principio que se realice por remisión a otro u otros escritos, salvo si el escrito al que se remite el Auto contiene por sí mismo y sin necesidad de ulteriores integraciones, un relato fáctico preciso y concreto de todos los hechos punibles que resulten de lo actuado)...Ahora bien, entendemos que el hecho de que el artículo 779.1.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establezca que el Auto de transformación de las diligencias previas en procedimiento abreviado debe de contener necesariamente la determinación de hechos punibles (relato fáctico) y la identificación de la persona a la que se imputan (identificación subjetiva), no significa que sólo deba de contener lo que este precepto prevé. Lo que este artículo establece es la necesidad insoslayable de que el Auto incluya el relato de hechos punibles y la identificación subjetiva de la persona o personas a la/s que se imputan. Pero esto no debe interpretarse, creemos, en el sentido de que las exigencias que impone este artículo son las únicas que son predicables de esa resolución. Por el contrario, esta resolución deberá contener además aquellas otras previsiones que resulten del resto del Ordenamiento; particularmente, la que el art. 120 de la Constitución impone a todas las resoluciones judiciales: su motivación.

Dicho de otra manera, el hecho de que este precepto (artículo 779.1.4) establezca que el Auto debe contener un relato de hechos punibles, no significa que tal relato no deba estar acompañado de una mínima motivación que explique sucintamente cual ha sido la valoración de las diligencias actuadas que ha conducido al instructor a extraer, deducir o inferir cabalmente esa relación indiciaria de hechos que consigna en la resolución. Sobre esta necesidad de motivación de la resolución ante la que nos encontramos, ya se había pronunciado esta Sala en Auto de 14 de septiembre de 2009. Decíamos entonces que *“Nos encontramos con una resolución en la que, a través de la necesaria motivación, en la que se establezca una descripción de los hechos que se reputan punibles y se formule una calificación jurídica, con expresa determinación de las personas eventualmente responsables, por primera vez el Juez, mediante un control de la legalidad, valora el contenido y relevancia penal de la instrucción realizada y hace implícitamente, desde la perspectiva judicial, una imputación formal a la persona determinada que constituye*



el sujeto pasivo del procedimiento. No se limita el Juez a dar traslado de una imputación de parte, sino que, apreciando la existencia de indicios racionales de criminalidad y la suficiencia de lo actuado para formular acusación, acuerda dirigir el procedimiento que ha de conducir al juicio oral contra quien pasa a tener la condición de imputado judicialmente".

En suma, como advierte el Auto del Tribunal Supremo de 4 de junio de 2012, el Auto de Transformación a Procedimiento Abreviado exterioriza un juicio de probabilidad sobre la realidad de los hechos investigados y de la persona implicada en el mismo, por tanto delimita la legitimación pasiva y el objeto del proceso, es decir, el marco acusatorio constituyendo, en definitiva, un filtro procesal que evita acusaciones sorpresivas e infundadas, de manera que solo contra quienes aparezcan previamente como imputados por los hechos recogidos en el auto, podrán las acusaciones dirigir la acusación. Este juicio de probabilidad exige necesariamente una valoración mínima de lo actuado, una ponderación o análisis sincrético pero suficiente de las diligencias practicadas de suerte que el imputado pueda conocer, sumariamente, qué es lo que se ha tenido cuenta por el instructor para dar ese "paso más" que sin duda constituye el Auto de transformación de las diligencias previas en procedimiento abreviado. Pues como señala el muy importante Auto del Tribunal Supremo de 31 de julio de 2013, *"estamos en un escalón superior al necesario para tomar declaración como imputado y por supuesto, muy por encima de la verosimilitud que justifica la incoación de unas diligencias penales."*

En resumen, consideramos que el Auto de transformación de las diligencias previas en procedimiento abreviado necesariamente debe de contener:

a) Una descripción de hechos punibles en los términos expresados en el artículo 779.1.4 Ley de Enjuiciamiento Criminal.

A ello creemos que puede añadirse una calificación jurídica sumaria, provisional y no vinculante (sin perjuicio de lo que luego resulte en los escritos de acusación).



b) La identificación subjetiva de las personas las que se atribuye indiciariamente su comisión, asimismo en los términos expresados en el artículo 779.1.4 Ley de Enjuiciamiento Criminal;

c) Una mínima o sucinta valoración provisional de las diligencias actuadas que permita conocer el juicio provisional de probabilidad realizado por el instructor, es decir, qué es lo que ha valorado o tenido en cuenta el instructor para llegar a esa conclusión indiciara de hechos. Y ello, como sucede con todas las resoluciones judiciales no interlocutorias, conforme al artículo 120 de la Constitución.”

En este caso concreto, el Auto de incoación de procedimiento abreviado dictado en las presentes actuaciones cumple suficientemente las exigencias de motivación reseñadas.

Así, realiza una completa determinación de los hechos punibles sobre los cuáles recae, no siendo superfluo destacar aquí que, más allá de atribuciones o no de determinada intencionalidad al investigado al colocar el GPS en el vehículo del denunciante, los hechos no son discutidos en este procedimiento, lo cual necesariamente ha de impedir apreciar, siquiera teóricamente, cualquier atisbo de indefensión en la parte recurrente en relación al análisis de los indicios que llevan a esa conclusión del Auto recurrido sobre los hechos.

Por otro lado, el Auto recurrido pone en relación esos hechos con un precepto determinado del Código Penal, su artículo 197.1. y al resolver el recurso de reforma motiva detalladamente la infracción que del artículo 588 quinquies b) de la L.E.Crim, aprecia, sin que la Sala observe incongruencia omisiva en la resolución del recurso de reforma por el hecho de que el Auto resolviéndolo no vaya desgranando una por una las alegaciones, algunas de ellas valorativas, realizadas en el escrito de recurso, puesto que globalmente da cumplida respuesta a los aspectos jurídicamente relevantes combatidos por la parte recurrente, lo cual conlleva la desestimación de este primer motivo del recurso.



CUARTO: Más allá de valoraciones sobre contradicciones en las manifestaciones del denunciante en este procedimiento o valoraciones sobre las motivaciones que pudieron llevar al investigado, ahora recurrente, a colocar el dispositivo GPS en el vehículo del denunciante, el núcleo del escrito de recurso gira sobre la atipicidad de la conducta atribuida al investigado por no ser subsumible en el artículo 197.1. del Código Penal.

Dicho precepto señala que el que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

La STS 358/2007, de 30 de abril señala que: "El bien jurídico protegido es la intimidad individual. Aunque la idea de secreto puede ser más amplia, como conocimiento solo al alcance de unos pocos, en realidad debe estar vinculado precisamente a la intimidad pues esa es la finalidad protectora del tipo. En este sentido la STS núm. 666/2006, de 19 de junio, en la que se dice que la idea de secreto en el artículo 197,1ª del Código Penal resulta conceptualmente indisociable de la intimidad: ese ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás (SSTC 73/82 y 57/94)."

El tipo requiere del dolo, es decir, del conocimiento por el autor de los elementos del tipo objetivo, y además de un especial elemento subjetivo consistente en que la acción se ejecuta con la finalidad ("para") de descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro. No solo, pues, dolo genérico. Es indiferente a los efectos de este primer apartado la finalidad ulterior del autor, aunque la existencia de un propósito lucrativo tiene su reflejo en el apartado sexto del mismo precepto.

Nos encontramos ante un delito mutilado o imperfecto de dos actos, que no requiere para la consumación del efectivo descubrimiento de la intimidad; basta a sí



para colmar la perfección típica con la interceptación de telecomunicaciones o con la utilización de aparatos de escucha, grabación o reproducción del sonido o de la imagen o de cualquier otra señal de comunicación, siempre que alguno de estos actos se ha llevado a cabo con la finalidad de descubrir la intimidad de otro (elemento subjetivo del injusto).

QUINTO: Dos son, salvo error u omisión, las Audiencias Provinciales que han tenido oportunidad de pronunciarse expresamente sobre el hecho de que la colocación de un dispositivo GPS en un vehículo para realizar labores de seguimiento por parte de un detective privado es una conducta que no es subsumible en el artículo 197.1. del Código Penal, en cuanto que no satisface ninguna de las hipótesis típicas en él recogidas.

Así, la Sentencia 51/2019 de 5 de marzo dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Jaén en el Recurso 129/19 señala que el “Tribunal Supremo en numerosas sentencias (1219/2004 de 10-12 ; STS 1045/2011 de 14 de octubre) argumenta que el apartado 1º del mismo contiene en realidad dos tipos básicos y supuestos modalidades comisivas distintas, como son el apoderamiento de papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, o la interceptación de las telecomunicaciones o utilización de artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, 2º inciso de dicho párrafo que es el aplicado en este caso en su modalidad comisiva de utilización de artificios técnicos para la reproducción de la imagen o del sonido, lo que se denomina control auditivo y visual clandestinos.

Así como sigue diciendo esta última sentencia (STS 1045/11), la intervención del Derecho Penal está justificada por la especial insidiosidad del medio empleado que penetra en los espacios reservados de la persona, de ahí la intensa ofensividad para el bien jurídico tutelado, que se atenúa cuando se produce en lugares públicos, aún sin consentimiento del titular del derecho, que en línea de principio debe generar una respuesta extrapenal.

Ello quiere decir que no todos los ataques contra la intimidad son constitutivos de delito, y eso es lo que pasa en el caso que nos ocupa, pues el poner un



dispositivo de seguimiento en un coche, no figura en ninguna de las modalidades del Art. 197.1 del C.P ., es decir el hecho declarado probado no es típico.”

Por otro lado, el Auto de 2 de octubre de 2019 dictado por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Vizcaya en el Recurso 294/19 descarta una posible subsunción de tal conducta en el tipo señalado, indicando que: “ Sin perjuicio naturalmente, de una mayor depuración en relación con la calificación jurídica en el momento que corresponda, es cierto que no parece que se trate de una conducta encajable en el tipo del delito de descubrimiento de secretos del artículo 197 CP, toda vez que la colocación o utilización de artificios técnicos que en él se refiere es la que pretende la "escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación", lo que no parece que concuerde con el supuesto objeto de investigación.”

Y ciertamente, no cabe sino compartir que el GPS no es un artificio técnico de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, sino que es un sistema ideado exclusivamente para determinar la posición de un objeto.

Ello no obsta a que, efectivamente y tal y como señala el Ministerio Público, remitiéndose a la Circular 04/2019 de la Fiscalía General del Estado y con cita de la sentencia de 02-09-2010 del TEDH, caso Uzún contra Alemania, “el uso de estas técnicas de investigación puede suponer una intromisión en la vida privada del investigado...con una incidencia directa, además, en el derecho a la intimidad. De este modo, el conocimiento de un solo dato de geolocalización (como, por ejemplo, la visita a un templo), puede afectar a la intimidad del investigado; pero la recopilación sistemática de estos datos y su tratamiento informático puede proporcionar información precisa sobre los hábitos de una persona, lo que supone una intromisión mucho más intensa en la intimidad del investigado”.

Mas no es esa la cuestión planteada en este recurso, sino si el legislador ha incluido entre los supuestos en que el derecho a la intimidad es merecedor de protección penal, la utilización de un artificio técnico que únicamente transmite la



posición de un objeto y, vista la literalidad del artículo 197.1. del Código Penal y partiendo de la exigencia de tipicidad en una conducta para constituir delito y de la prohibición en nuestro ordenamiento de la analogía contra reo, la Sala concluye que el legislador no lo ha hecho, sin perjuicio, en su caso, de la protección que pudieran ofrecer otras ramas del ordenamiento jurídico al derecho a la intimidad en el caso de que, en un supuesto determinado, se considerara que el acceso a la ubicación de una persona pudiera haber vulnerado dicho derecho.

SEXTO: En sí misma, esta conclusión sobre la atipicidad de los hechos objeto de este procedimiento en relación a la calificación jurídica en la cual los subsume el auto recurrido, no abocaría necesariamente a la estimación del recurso por atipicidad de los hechos, en cuanto que la calificación jurídica que de unos hechos efectúa un auto de incoación de procedimiento abreviado, y el recurrido lo es, no vincula a las acusaciones ni es insusceptible de ser variada incluso a la finalización del Juicio Oral.

Y ciertamente, en abstracto, la colocación de un dispositivo GPS en un vehículo no es una acción que bajo ningún concepto pudiera suponer la comisión de un delito.

Así lo señala el anteriormente citado Auto de 2 de octubre de 2019 dictado por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Vizcaya en el Recurso 294/19, en cuanto que, tras descartar que los hechos pudieran ser constitutivos de un delito contra la intimidad, analiza su posible subsunción en otros tipos penales, como el acoso o las coacciones, calificación ésta última que también contempla la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de León, en su Auto 804/2018, mas no en un caso de colocación de GPS en un vehículo por parte de un detective privado sino en el ámbito de la violencia de género.

Y ciertamente, en abstracto, si la colocación de un GPS en un vehículo se hiciera por un detective privado de forma ajena a la mera finalidad de seguimiento profesional de una persona; o sin superar un juicio de necesidad, subsidiariedad y



proporcionalidad; o si se utilizara su resultado para finalidades ajenas al ejercicio de sus funciones de seguridad privada, podría ser una conducta que cayera fuera del amparo de la legitimidad excluyente de calificar una conducta como delito de acoso o coacciones.

Mas, revisadas las actuaciones, no es este el caso de la presente causa.

Ya hemos adelantado “ ut supra” que, en este caso, concreto, los hechos no son discutidos; no son hechos cuya exacta delimitación pudieran exigir una depuración probatoria inalcanzable para la fase procesal en la que nos hallamos.

El GPS se coloca por el investigado en el vehículo del denunciante a las 8.17 horas del 7 de junio de 2019 y tres horas después el denunciante se percató de su existencia, sin que en ese lapso de tiempo haya ninguna conexión al mismo, tal y como consta acreditado con la documental aportada de Vodafone sobre las conexiones de datos del número de teléfono [redacted] durante los días 6 y 7 de junio de 2019.

Ese hecho acreditado, con certeza y sin duda razonable, conlleva que no exista la insistencia y reiteración en la conducta exigida en el delito de acoso; ni que la libertad del denunciante pudiera verse afectada en forma alguna, en cuanto que el dispositivo ni siquiera fue conectado, lo cual corrobora la versión del investigado de que lo colocó como mera prevención por si perdía la ubicación del vehículo durante el seguimiento que, efectivamente, realizó de manera personal.

En base a todo ello, procede la estimación del recurso interpuesto y acordar el sobreseimiento provisional previsto en el artículo 641.1. de la L.E.Crim, en cuanto que los hechos no son, en general, subsumibles en la hipótesis típica del artículo 197.1. del Código Penal; y, en este caso concreto, no satisfacen las hipótesis típicas de los delitos de coacciones o de acoso.



SÉPTIMO: Se declaran de oficio las costas procesales causadas en esta alzada.

Vistos los preceptos legales citados, los invocados por las partes y demás de pertinente aplicación.

PARTE DISPOSITIVA

Que debemos estimar y estimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de , contra el Auto de fecha 28 de noviembre de 2019 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Haro, que desestimó el recurso de reforma interpuesto contra el Auto de fecha 15 de octubre de 2019, ambos dictados en el procedimiento diligencias previas 185/19 en él seguido y de las que trae causa el presente rollo de apelación nº 41/20, debiendo revocar y revocando dicha resolución y acordando el sobreseimiento provisional de las actuaciones.

Se declaran de oficio las cosas causadas.

Notifíquese y cúmplase al verificarlo lo dispuesto en el artículo 248. 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Contra esta resolución no cabe recurso ordinario alguno.

Así por este nuestro auto, del que se unirá certificación literal al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

El Magistrado Presidente D. Alfonso Santisteban Ruiz votó en Sala, de conformidad, se encuentra ausente y no ha podido firmar. (Art. 261 L.O.P.J)



